

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 20 FÉVRIER 2015 à 14 HEURES

28 janvier 2015

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Jean-Pierre ZANOTO

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : M. Didier BOCCON-GIBOD

POURVOIN^o : N 14-84.339

Monsieur Meshal X...
(SCP Spinosi et Sureau)

et

Monsieur Abdelgrani Y...

ARRÊT ATTAQUÉ : Arrêt rendu sur renvoi après cassation le 5 juin 2014 par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris (1^{ère} section) - Pourvois formés le 6 juin 2014 et le 19 juin 2014

AVIS
de Monsieur le premier avocat général
Didier BOCCON-GIBOD

La Cour de cassation est saisie des recours exercés par MM. Meshal X... et Abdelgrani Y... contre l'arrêt rappelé en tête de cet avis. S'agissant de pourvois dirigés contre un arrêt prononcé par une chambre de l'instruction saisie d'une requête en nullité des pièces d'une information judiciaire, leur examen immédiat a été ordonné suivant décision du 9 juillet 2014 du président de la Chambre criminelle.

Le pourvoi régulièrement inscrit par M. Meshal X... est recevable. L'intéressé a constitué avocat, soit la SCP Spinosi et Sureau qui a déposé un mémoire, également recevable.

La recevabilité du pourvoi inscrit par M. Y... mérite en revanche d'être vérifiée. En effet, l'intéressé n'était, par définition, pas partie dans la procédure initiale, ayant été mis en examen le 20 septembre 2013, soit après le prononcé de la décision ayant statué (le 4 juillet 2013) sur la requête de M. Meshal X... qui a donné lieu au contentieux ici examiné.

Il a cependant un intérêt indiscutable à exercer un recours contre une décision lui faisant grief, prise après une audience à laquelle il est intervenu par l'intermédiaire de son avocat qui a déposé un mémoire. Il reste cependant, en tout état de cause, qu'il n'a pas constitué avocat devant la Cour de cassation et n'a pas déposé de mémoire personnel. Aussi, bien que recevable en la forme, son pourvoi pourrait donner lieu à une décision de non-admission, faute de moyen développé pour son soutien.

A Titre préliminaire : rappel succinct des faits et de la procédure

Il paraît suffisant de rappeler que M. Z... (identifié par son ADN) et M. X... ont été soupçonnés d'être les auteurs d'un vol aggravé par le port d'une arme, le 16 février 2012, au Vesinet (78) au préjudice d'une bijouterie.

M. X... a été interpellé à son domicile le 24 septembre 2012. Il se trouve qu'à cette date, M. Z... était en détention provisoire à la maison d'arrêt de Nanterre pour infraction à la législation sur les stupéfiants.

Les enquêteurs ont alors pris la décision, après avoir extrait M. Z... de l'établissement pénitentiaire où il se trouvait, de placer les deux suspects en garde à vue dans des cellules contiguës. Les intéressés pouvant se parler, leurs conversations étaient enregistrées.

En effet, sur avis conforme du parquet, sous la réserve expresse que les deux suspects ne soient pas placés dans la même cellule, le magistrat instructeur a autorisé la sonorisation de deux geôles de garde à vue au commissariat de Fontenay-le-Fleury, du 24 au 28 septembre 2012, opération consistant en la pose d'un dispositif permettant l'écoute et l'enregistrement des conversations.

On remarquera que l'ordonnance a été prise à une date (17 septembre 2012) antérieure à l'arrestation de M. X... le 24 septembre 2012 et au placement en garde à vue, le même jour, de l'intéressé en même temps que M. Z...

Cette décision était rédigée en ces termes :

Vu les articles 706-96 et 706-102 du code de procédure pénale :

❖ Attendu que l'information porte notamment sur des faits de vol avec arme en bande organisée, association de malfaiteurs, crime et délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du code de procédure pénale ;

❖ Attendu que l'ADN de Fayçal Z... a été retrouvé sur les lieux de commission de l'infraction, que, néanmoins, les témoins de la scène ont décrit trois agresseurs, que les deux co-auteurs restent à identifier ;

❖ Attendu que des écoutes téléphoniques ont permis de mettre en évidence des relations très fréquentes entre Fayçal Z... et Meshal X..., que, de plus, ceux-ci paraissent évoquer les faits lors de l'une des conversations enregistrées; qu'eu égard à la difficulté, pour les enquêteurs, de rassembler de nouveaux éléments de preuve, il apparaît indispensable à la manifestation de la vérité de procéder à la sonorisation de l'intérieur des cellules de garde à vue que les personnes soupçonnées vont occuper;

❖ Attendu que la sonorisation de ces geôles permettra en effet aux enquêteurs de recueillir des informations sur les faits visés aux réquisitoires introductif et supplétifs et de déterminer le rôle de chacun des mis en cause, leurs relations et le déroulement des faits si les gardés à vue tentent de communiquer entre eux malgré l'interdiction qui leur en sera faite, que cette sonorisation devra être mise en place durant tout le temps de la garde à vue soit pour une durée de quatre jours.

Cette opération a porté ses fruits puisque M. X... a tenu à M. Z... - lequel avait, pour sa part, reconnu les faits -, des propos qui, non seulement l'incriminaient très nettement, mais aussi permettaient d'identifier deux coauteurs ou complices.

MM. Z... et M. X... étaient mis en examen le 27 septembre 2012, notamment, des chefs d'association de malfaiteurs et de vol aggravé en bande organisée. Ils étaient placés en détention provisoire.

Le conseil de M. X... a, le 7 mars 2013, soit dans le délai de six mois prévu par l'article 173-1 du code de procédure pénale, saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation d'actes de la procédure, parmi lesquels les pièces relatives à sa garde à vue et la sonorisation des cellules de garde à vue.

La requête, concernant plus particulièrement ladite sonorisation, était rédigée en ces termes :

❖ *Le placement en garde à vue de Monsieur X... a en effet été opéré dans le cadre d'un détournement de procédure, accompli en violation des droits garantis par les dispositions légales et conventionnelles à toute personne mise en cause dans le cadre de poursuites engagées contre lui, notamment de son droit à garder le silence et de ne pas participer à sa propre incrimination.*

❖ *Or, la mise en place d'un dispositif de sonorisation dans les geôles de garde à vue constitue une violation patente de ces droits, en particulier le droit au respect de sa vie privée qui prend une dimension particulière au cours des temps de repos dont bénéficie la personne gardée à vue*

❖ *De surcroît le droit de la preuve en matière pénale est régi par le principe de loyauté, principe manifestement violé par l'ordonnance autorisant la captation de paroles dans les geôles de garde à vue dès lors qu'elle autorisait implicitement la mise en oeuvre d'une mesure coercitive pour les seules nécessités de la sonorisation.*

Les arguments qui précèdent ne sont, dans la requête, que l'annonce de développements plus complets non reproduits dans le présent avis.

Par arrêt du 4 juillet 2013, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles a, conformément aux réquisitions du ministère public, rejeté la requête.

Toutefois, sur le pourvoi de M. X..., la Chambre criminelle a, par arrêt¹ du 7 janvier 2014, conforme aux conclusions de M. l'avocat général Cordier, censuré cette décision et renvoyé l'affaire devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris.

Elle s'est prononcée en ces termes :

❖ *Vu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves ;*

❖ *Attendu que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique ;*

[...]

❖ *Attendu que, pour écarter les moyens de nullité des procès-verbaux de placement et d'auditions en garde à vue, des pièces d'exécution de la commission rogatoire technique relative à la sonorisation des cellules de garde à vue et de la mise en examen, pris de la violation du droit de se taire, du droit au respect de la vie privée et*

¹ Crim. 7 janvier 2014, pourvoi n° 13-85.246, Bull. n° 1. Cette décision a été abondamment commentée : S. Detraz, *Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve*, D. 2014 n° 4, p. 26 ; E. Vergès : *Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale*, D. 2014 n° 6, p.407 et s. ; O. Bachelet : *Sonorisation de cellules de garde à vue : loyauté versus légalité* GP, n° 38-39, 7-8 février 2014 ; A. Maron et M. Haas, *Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale*, Droit pénal, n° 2, février 2014 ; A. Gallois, *Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ?* JCP G n° 9, 3 mars 2014, Jurisprudence, n° 272, p. 434 à 437.

de la déloyauté dans la recherche de la preuve, la chambre de l'instruction énonce que le mode de recueil de la preuve associant la garde à vue et la sonorisation des cellules de la garde à vue ne doit pas être considéré comme déloyal ou susceptible de porter atteinte aux droits de la défense, dès lors que les règles relatives à la garde à vue et les droits inhérents à cette mesure ont été respectés et que la sonorisation a été menée conformément aux restrictions et aux règles procédurales protectrices des droits fondamentaux posées expressément par la commission rogatoire du juge d'instruction et qu'il peut être discuté tout au long de la procédure ;

❖ Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement de MM. Z... et X... dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené M. X... à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé

Par arrêt du 5 juin 2014, la chambre de l'instruction de Paris, résistant à la Chambre criminelle, a, derechef, rejeté la requête en nullité par des motifs qui peuvent être synthétisés comme suit :

- aucune disposition légale n'interdit de mettre en oeuvre simultanément deux moyens d'investigation ; la garde à vue est une mesure destinée à faciliter les investigations ; il en est de même pour la sonorisation ;
- la concertation à éviter, selon la lettre de l'article 62-2 5° du code de procédure pénale, n'est pas nécessairement celle qui peut exister entre deux personnes gardées à vue ;
- il était au demeurant interdit aux intéressés, placés dans deux cellules distinctes, de communiquer² ;
- aucune disposition légale n'interdit la sonorisation des locaux de garde à vue ;
- Il n'est en rien démontré qu'il a été porté atteinte aux droits des intéressés de se taire ;
- les faits reprochés aux intéressés sont de ceux qui autorisent une ingérence dans la vie privée telle que la sonorisation, étant rappelé que la Chambre criminelle, par arrêt du 1^{er} mars 2006, a estimé que l'interception des conversations échangées entre une personne mise en examen détenue et ses visiteurs à l'occasion d'un parloir ne constituait pas une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³.
- la gravité des faits répondait aux critères de proportionnalité et de nécessité, la

²On ne peut que relever immédiatement le caractère spécieux de ce motif, par ailleurs surabondant, dès lors que l'interdiction évoquée est en contradiction complète avec les dispositions prises pour que les intéressés se parlent, et pour enregistrer leurs discussions : si l'interdiction était réelle, il n'était pas difficile de les placer dans des geôles éloignées, voire dans des locaux de police différents, interdisant tout échange.

³Crim. 1^{er} mars 2006, Bull. n° 59.

notion de protection de la vie privée n'étant par ailleurs pas compatible avec la garde à vue ;

- les gardés à vue n'ont pas été incités à parler entre eux⁴.

* *
*

En l'état de la divergence existant entre sa décision précitée du 7 janvier 2014 et l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris statuant comme cour de renvoi, en l'état également des conclusions de M. l'avocat général Le Baut qui, contrairement aux premières écritures du parquet général sous l'arrêt de cassation, tendaient au rejet du pourvoi et donc à la validation de la sonorisation contestée, la Chambre criminelle a, par arrêt du 15 octobre 2014, ordonné le renvoi de la procédure devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le mémoire ampliatif déposé par la SCP Spinosi et Sureau contient deux moyens de cassation. Leur exposé sera suivi de leur discussion.

I. Premier moyen

1. Exposé du moyen

Le moyen, en quatre branches, excipe d'une violation du principe de loyauté des preuves, des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 62-2, 63-1, 706-96, 591 et 593 du Code de procédure pénale, en ce que la Chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation des procès-verbaux relatifs à la sonorisation des cellules de garde à vue du mis en examen.

Première branche : *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique ; [...] en l'espèce, la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement de deux personnes suspectées dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux a participé d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené l'une d'elle, mise en examen, à s'incriminer elle-même au cours de sa garde à vue ;*

Deuxième branche : *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ; [...] si la sonorisation de lieux privés ou publics est légalement prévue par l'article 706-96 du Code de procédure pénale en matière de criminalité organisée, elle ne saurait être mise en oeuvre durant le repos d'un gardé à vue dans sa cellule ; [...] en effet, la combinaison de ces deux mesures coercitives destinées à la manifestation de la vérité porte une atteinte intolérable aux droits de la défense qui commandait à la Chambre de l'instruction de prononcer leur annulation.*

Troisième branche : *la garde à vue est une mesure de contrainte judiciaire qui ne peut se dérouler que lorsqu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs précisément fixés par l'article 62-2 du Code de procédure pénale ; [...] en l'espèce, tant la*

⁴Ce motif appelle les mêmes observations que celles figurant plus haut : dès lors que le placement dans des cellules contiguës sonorisées traduisait une volonté de surprendre les propos échangés, les dispositions prises relèvent plus de la permission, sinon de l'incitation, que de l'interdiction.

garde à vue que la mesure de sonorisation ont été planifiées à l'avance en vue d'une sonorisation de la cellule de l'exposant ainsi que de celle d'une autre personne impliquée dans l'affaire ; [...] la chambre de l'instruction ne pouvait se retrancher derrière les autres objectifs mentionnés sur le procès-verbal par les enquêteurs pour refuser d'annuler cette mesure dont le but a été illégalement détourné

Dernière branche : *l'article 63-1 du Code de procédure pénale impose la notification au gardé à vue, dès le début de la mesure, de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées, ou de se taire ; [...] tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé; [...] la sonorisation des cellules de garde à vue visant à surprendre les propos de la personne durant son temps de repos est manifestement contraire aux textes précités*

Sont ainsi invoqués les principes qui commandent la loyauté de l'enquête, qui président à la garantie des droits de la défense, qui justifient la garde à vue et qui protègent le droit de ne pas s'auto-incriminer.

A ce stade, la question posée par le moyen peut donc s'énoncer comme suit : la sonorisation prévue par l'article 706-96 du code de procédure pénale peut-elle servir à surprendre, pendant leur temps de repos, les conversations de personnes placées en garde à vue ?

2. Discussion

C'est au premier chef au regard de l'obligation de loyauté pesant sur le juge, sur les enquêteurs et, en définitive, sur la procédure, que doit être examiné le moyen, étant observé qu'il existe une étroite relation entre cette obligation et la protection des droits de la défense. On n'imagine pas, en effet, que l'administration d'une preuve déloyale ne soit pas constitutive d'une violation caractérisée des droits de la défense, dont la valeur constitutionnelle est bien établie⁵.

⁵Conseil constitutionnel, décision 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 24 : le principe des droits de la défense résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Il ne paraît pas utile d'approfondir outre mesure le concept de loyauté, tant sa signification première s'impose avec évidence : devoir de l'état contenu dans le serment que tout magistrat prête lors de son entrée en fonction, la loyauté est, selon le Recueil des obligations déontologiques élaboré par le Conseil supérieur de la magistrature, une obligation d'exercer ses pouvoirs sans les outrepasser, de respecter le principe contradictoire et les droits de la défense.

Observons seulement que la définition proposée par le Doyen Bouzat dans une étude remarquée⁶ conserve toute son actualité : « *la loyauté est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice* ».

En l'espèce, c'est bien de la loyauté de l'enquête conduite par le juge d'instruction qu'il s'agit, plutôt que de celle, *stricto sensu*, des enquêteurs eux-mêmes, ceux-ci ayant agi par délégation du magistrat, conformément aux ordres contenus dans la décision motivée prescrivant la sonorisation.

2.1 Repères historiques

La doctrine, en des temps anciens, s'est divisée sur le point de savoir si le juge pouvait recourir à tous les artifices dans le but, louable en soi, de faire éclater la vérité. Faustin-Hélie⁷ note qu'il « *était de jurisprudence dans notre ancienne pratique criminelle, que le juge d'instruction pouvait, pour ainsi dire, tendre des pièges au prévenu pour le faire tomber dans quelque aveu* ».

Il cite Laroche-Flavin, premier président au Parlement de Toulouse, qui écrivait dans un livre publié en 1607 : « *il est permis et loisible au juge de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits ...* ».

Ce point de vue était cependant plus tard combattu par Daniel Jousse, conseiller au Présidial d'Orléans qui, dans son *Traité de la justice criminelle de France*, écrivait en 1771 que le juge « *doit surtout éviter de se servir de ruses et de discours captieux pour surprendre l'accusé. Outre que cette voie ne convient point à la dignité d'un magistrat, c'est qu'en usant de ce moyen, il paraîtrait plutôt agir avec passion qu'animé du zèle et du bien de la justice* ».

A une époque plus récente, en 1887, l'un des exemples les plus célèbres et souvent cité⁸ du recours à un procédé déloyal portant gravement atteinte aux droits de la défense est celui de ce juge en charge de l'instruction de l'affaire dite des décorations dans laquelle était compromis Daniel Wilson, gendre de Jules Grévy, Président de la République : il avait appelé un suspect au téléphone en se faisant passer pour un ami du gendre en question et avait ainsi obtenu de lui des déclarations compromettantes⁹. Cette manoeuvre a valu à son auteur de comparaître devant la Cour de cassation toutes chambres réunies¹⁰ en Conseil supérieur de la magistrature qui, le 31 janvier 1888, a prononcé contre lui une décision de censure simple,

⁶Pierre Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*. Mélanges Hugueney, Sirey 1964.

⁷Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 1866, T. 4 p. n° 1930 et s.

⁸Par exemple : Desportes et Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, n° 569, Economica, 3^{ème} Ed.

⁹Cf. Marcel Roussellet dans la Revue de sciences criminelles de 1946, p. 50 : *Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle*.

¹⁰Cass., Ch. réun., 31 janv. 1888, S. 1889. 1. 241.

jugeant qu'il avait employé « *un procédé s'écartant des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire et constituant par cela même un acte contraire aux devoirs et à la dignité de magistrat* ».

L'exemple le plus topique, au plan historique autant que judiciaire, reste cependant lié à l'affaire Dreyfus, où l'on voit, en décembre 1894, le général Mercier, ministre de la guerre, faire porter

aux juges, pendant qu'ils délibèrent, un dossier secret, censé contenir des preuves accablantes contre l'accusé mais non soumises à la contradiction, et en réalité composé de pièces falsifiées. On sait le sort que, par son arrêt du 12 juillet 1906, la Cour de cassation constituée en chambres réunies a réservé à ce honteux procédé.

2.2 Etat de la question à l'époque contemporaine

Par son arrêt *Imbert*¹¹ du 12 juin 1952, la Chambre criminelle s'est prononcée dans le droit fil de sa décision concernant l'affaire Wilson évoquée plus haut. Elle a en effet invalidé la pratique consistant, pour un enquêteur, à faire téléphoner à un suspect par un tiers chargé de lui poser une série de questions dont les réponses pouvaient l'incriminer, réponses qu'il a actées par procès-verbal. La Cour juge « *que l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet, elle a eu pour résultat d'é luder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense* ». Cet arrêt présente également l'intérêt de ne pas créer de distinction, quant à l'exigence de loyauté, entre le juge et les enquêteurs. Il énonce en effet que « *l'officier de police judiciaire commis rogatoirement exerce, dans les limites de la commission, tous les pouvoirs du juge d'instruction ; il se trouve par là-même soumis à toutes les obligations incombant à ce magistrat* ».

Il est intéressant de noter que la Chambre criminelle a été regardée à l'époque comme faisant preuve d'une « grande hardiesse », dans la mesure où elle avait pris sa décision non pas au motif de la violation d'une obligation prévue par les textes à peine de nullité, mais seulement par référence à des règles générales et aux droits de la défense¹².

Il est maintenant admis qu'aucune déloyauté n'est tolérée de la part des agents chargés de l'enquête, voire d'autres agents publics sollicités pour les besoins d'une enquête, sous certaines réserves qui restent à préciser, concernant les procédés secrets auxquels il est permis de recourir.

En effet, la liberté de la preuve, affirmée à l'article 427 du code de procédure pénale, n'autorise pas les services d'enquête à toutes les licences. Aux termes tant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme que de l'article préliminaire¹³ du code de

11Crim. 12 juin 1952, Bull. n° 153

12Commentaire de M. Brouchet, conseiller à la Cour de cassation, JCP 1952 II n° 7241. M. Legal, commentant la même décision au Recueil Sirey 1954, p. 69, observe que la censure est justifiée dès lors que l'enquêteur agissait sur délégation d'un juge, de sorte qu'il ne pouvait se permettre les artifices tolérés au cours de l'enquête officieuse (selon l'appellation alors en cours).

13Le principe de loyauté de la preuve n'a pas été introduit en tant que tel dans l'article préliminaire créé par la loi du 15 juin 2000, en raison, selon les travaux préparatoires de cette loi, de l'impossibilité de le concilier de manière certaine avec celui de la liberté de la preuve inscrit à l'article 427 du code de procédure pénale ; il reste cependant que la notion de loyauté n'est pas dissociable de celle de procès équitable respectant de manière égale

procédure pénale, la procédure pénale doit être équitable et préserver l'équilibre des droits des parties.

Si l'on s'en tient à des principes généraux, il semble relativement facile de tracer une ligne de partage : si les agents publics n'ont pas droit à la déloyauté, les parties privées, sur lesquelles ne pèsent pas d'obligations déontologiques ou procédurales peuvent, en matière pénale, user de moyens déloyaux pour rapporter la preuve des faits dont elles s'estiment victimes. La difficulté est cependant, comme on le verra, de définir, pour les agents publics, une exacte limite entre ce qui est un procédé déloyal et une ruse admissible.

2.2.1 Les agents publics n'ont pas droit à la déloyauté

Il existe un principe et des exceptions

2.2.1.1 Le principe

La Chambre criminelle censure tout acte non autorisé par la loi s'analysant en un manque de loyauté, qu'il relève de la provocation, du détournement ou du contournement de procédure. Elle qualifie, pour l'invalidier, « d'artifice ou stratagème¹⁴ » tout procédé par lequel un enquêteur tenterait d'obtenir une preuve en s'affranchissant des règles de la procédure.

Elle sanctionne¹⁵ bien évidemment ce qui ressemble à un archétype de provocation lorsque « *les fonctionnaires de police ont prêté, de manière active, leur assistance à une provocation, organisée par le plaignant, ayant pour objet, non pas de constater un délit sur le point de se commettre, mais d'inciter un délinquant en puissance, inactif depuis deux mois, contre lequel il n'avait pas cru devoir à l'époque porter plainte, à commettre des faits pénalement répréhensibles [...]* ».

Elle juge¹⁶ de même, en 2006, dans la ligne de son arrêt Imbert de 1952, que « *porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; que la déloyauté de pareil procédé rend irrecevable en justice les éléments de preuve ainsi obtenus* ». En l'espèce, elle sanctionnait un stratagème consistant, de la part d'un service de police, à demander à un informateur de se faire passer pour un mineur de 14 ans sur des sites de rencontres homosexuels, afin de confondre des pédophiles et de permettre leur identification.

Elle va également regarder comme une provocation par des agents publics, fussent-ils étrangers, le site internet créé par un service de police new-yorkais proposant des images à caractère pédo-pornographique, dans le seul but d'identifier les clients se connectant¹⁷.

La Cour de Strasbourg condamne de même la provocation comme contraire aux droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle juge ainsi

les droits des parties, tel que prévu par l'article préliminaire.

14Crim. 13 juin 1989, Bull. n° 254 ; 23 juillet 1985, Bull. n° 275.

15Arrêt Schuller - Maréchal, Crim 27 février 1996, Bull. n° 93

16Crim. 11 mai 2006, Bull n° 132.

17Crim. 7 février 2007, Bull. n° 37 ; 4 juin 2008, Bull. n° 141.

que n'est pas conforme au premier paragraphe de cet article une condamnation pour infraction à la législation sur les stupéfiants fondée essentiellement sur les déclarations de deux policiers dont l'intervention a provoqué l'infraction¹⁸.

Quant au détournement de procédure, il est constitué, ainsi que l'a jugé, en substance, la première Chambre civile de la Cour de cassation, lorsque le placement en garde-à-vue d'un étranger en situation irrégulière est ordonné à seule fin de conduire à son terme la procédure administrative de reconduite à la frontière¹⁹.

Au titre du contournement de procédure, la Chambre criminelle juge déloyale la transcription par des officiers de police judiciaire des confidences d'une personne mise en examen au cours de son transfert vers la maison d'arrêt, dans un procès-verbal de renseignements relatant et transmettant au juge d'instruction les propos tenus devant eux²⁰ :

« Attendu que, pour rejeter la requête, l'arrêt retient que les officiers de police judiciaire n'ont pas procédé à un interrogatoire de M. D... mais ont seulement retranscrit ses confidences au cours du transfert vers la maison d'arrêt, dans un procès-verbal de renseignements relatant et transmettant au juge d'instruction les propos tenus devant eux ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le recueil, dans ces conditions, des propos par lesquels le mis en examen s'incriminait lui-même, avait pour effet d'éluider les droits de la défense et que les officiers de police judiciaire auraient dû se borner, constatant la volonté du mis en examen de s'exprimer plus amplement sur les faits, à en faire rapport au juge d'instruction, seul habilité à procéder à un interrogatoire dans les formes légales [...].

De même un officier de police judiciaire agissant dans l'exercice de ses fonctions ne saurait procéder à l'enregistrement clandestin de sa conversation avec un suspect et doit être regardé comme usant d'un stratagème déloyal²¹, ce qui ne serait pas le cas si, bien que policier, il agissait en dehors du service, comme particulier victime d'une infraction²².

La déloyauté est de même retenue lorsqu'un enquêteur établit et joint à la procédure un procès-verbal de renseignement reproduisant les propos tenus par un suspect en marge de son audition et qui mentionnait expressément que celui-ci refusait que les déclarations qu'il contenait soient consignées dans son audition²³.

2.2.1.2 Les exceptions

a) La ruse n'est pas interdite, dans certaines limites.

Il est bien évident que toute enquête policière requiert un minimum de discrétion, de confidentialité à l'égard de ceux-là mêmes qui en sont l'objet. Certains procédés d'enquête,

18Cedh 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal* ; RSC 1999. 401, obs. Koering-Joulin

19Cass. 1^{ère} civ. 5 juillet 2012 (3 arrêts), Bull. Civ I, n° 158.

20Crim. 5 mars 2013, Bull. n° 56.

21Crim. 16 décembre 1997, Bull. n° 427.

22Crim. 19 janvier 1999, Bull. n° 9.

23Crim. 3 avril 2007, Bull. n° 102.

alors même qu'ils ne sont pas accomplis par des enquêteurs agissant au grand jour, appartiennent au registre classique des moyens par lesquels doivent être constatées les infractions, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, selon la formule de l'article 14 du code de procédure pénale et conformément aux dispositions des articles 41 et 81 de ce code. Nul ne songerait sérieusement à qualifier de déloyale une filature²⁴, ou l'emploi d'indicateurs²⁵,

b) La loi autorise, dans certaines circonstances, de recourir à la dissimulation.

Afin, selon une expression parfois employée, de ne pas « désarmer la répression », le législateur autorise les services d'enquête, sous le contrôle du juge, à recourir à différents procédés qui pourraient être regardés, s'ils n'étaient pas autorisés, comme des actes présentant un certain caractère de déloyauté, ce qui n'est pas le cas lorsque les procédés en question sont prévisibles et proportionnés au but légitime poursuivi. Les techniques auxquelles il est le plus communément recouru étant, en ce domaine, les interceptions téléphoniques, la géolocalisation, et la sonorisation des lieux publics ou privés, toutes prévues par un texte et mises en oeuvre sous le contrôle d'un juge.

Un autre exemple caractéristique est certainement celui de l'infiltration, prévue par l'article 706-81 du code de procédure pénale et qui permet à des enquêteurs de s'introduire sous la couverture d'une fausse identité dans un réseau criminel. Est de même permis le « coup d'achat » par lequel un enquêteur peut se faire passer pour acquéreur de stupéfiants dans le seul but de révéler l'existence d'un trafic, à la condition naturellement que l'opération ne s'analyse pas en une provocation à l'infraction²⁶.

De même, les articles 706-35-1 et 706-47-3 du code de procédure pénale permettent à des enquêteurs de participer à des échanges électroniques en usant d'un pseudonyme, dans le cadre d'enquêtes en matière de traite des êtres humains (articles 225-4-1 et s. du code pénal), de proxénétisme (articles 225-5 et s. du code pénal), de prostitution des mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables (articles 225-12-1 et s. du code pénal), ou d'incitation de mineurs à la consommation de stupéfiants ou d'alcool (articles 227-18 et s. du code pénal).

L'article 706-25-2 du code de procédure pénale permet de même d'agir et même participer à des échanges électroniques pour rassembler les preuves d'infractions d'apologie du terrorisme.

La loi récente n° 2014-1453 du 13 novembre 2014 prévoit, pour lutter contre l'accès ou le maintien frauduleux dans un système traitement automatisé de données (article 323-1 du code pénal), que les enquêteurs pourront pour constater l'infraction, participer sous un pseudonyme à des échanges électroniques et se trouver par ce moyen, en contact avec les auteurs soupçonnés de l'infraction (nouvel article 706-87-1 du code de procédure pénale).

Ces différents procédés mettent en évidence la différence habituellement faite entre la *provocation à l'infraction*, toujours censurée, et la *provocation à la preuve*²⁷, par laquelle les

²⁴Crim. 23 août 1994, Bull. n° 291 ; 11 mai 1993, n° 93-80.932 ; 4 juin 1991, n° 91-81.682 ; 4 février 1991, n° 90-81.370.

²⁵Crim. 15 février 1988, Bull. n° 73.

²⁶Crim., 30 oct. 2006, n° 06-86.175 et n° 06-86.176.

²⁷Cf. Desportes et Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, n° 575, Economica, 3^{ème} Ed.

services d'enquête révèlent l'existence d'une infraction en recourant par exemple à l'infiltration ou au coup d'achat ou à tout autre procédé *a priori* non critiquable, sauf déloyauté non autorisée par la loi²⁸.

c) Le cas particulier de la sonorisation²⁹

La sonorisation a d'abord été pratiquée sans législation particulière, au seul visa de l'article 81 du code de procédure pénale, ce qui a valu à la France d'être condamnée par la Cour de Strasbourg pour cause de défaut de clarté de la loi et d'absence de précision quant au contrôle exercé par l'autorité judiciaire³⁰. La loi Perben 2 du 9 mars 2004 a remédié à cette carence en introduisant dans le code de procédure pénale les articles 706-96 à 706-102 organisant le régime juridique de la sonorisation des lieux ou véhicules privés ou publics et de la captation d'image de personnes se trouvant dans des lieux privés. Ces dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel³¹.

Aux termes des articles précités, une sonorisation est permise lorsque l'enquête porte sur une infraction relevant de la criminalité organisée au sens des articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale. Les faits reprochés à M. Meshal X... sont de ceux qui permettent de recourir à cette technique.

Il paraît utile de reproduire l'article 706-96 al. 1 du code de procédure pénale, étant précisé que le dispositif entier de la sonorisation est quasi-inchangé depuis son adoption en 2004³² :

Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction.

Comme précisé plus haut, cette disposition a été déclarée conforme par le Conseil constitutionnel qui, eu égard aux conditions et aux garanties prévues, a validé la sonorisation dès lors que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure.

On constate ainsi que la sonorisation est ordonnée par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République. Certaines garanties sont prévues quant aux personnes et aux lieux

²⁸C'est ainsi que n'est pas un stratagème déloyal l'intervention des gendarmes ayant pour seul objet de permettre le constat d'un trafic d'influence dont ils n'ont pas déterminé la commission, Crim. 16 janvier 2008. Bull. n° 14.

²⁹Cf. mémoire de master 2 de Maxime Tessier, *Les procédures de la criminalité organisée devant la Cour de cassation*, p. 59 et s. Publié aux éditions L'Harmattan.

³⁰Cedh 31 mai 2005 *Vetter c. France*; 20 décembre 2005, *Wisse c. France*.

³¹Décision 2004-492 DC du 2 mars 2004.

³²La seule modification ensuite apportée à la loi Perben 2 vient de la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales qui a précisé que les opérations de désinstallation d'un dispositif de sonorisation dans un lieu d'habitation obéissent aux mêmes règles que pour l'installation.

« non éligibles » à ce type de mesure, selon les articles 56-1 à 56-3 et 100-7 du code de procédure pénale (domiciles, véhicules et bureaux ou cabinets d'avocats, de notaires, de médecins, de parlementaires, de magistrats, entreprises de presse). La sonorisation ne peut enfin être ordonnée que pour une durée maximum de quatre mois renouvelables.

La Chambre criminelle veille au respect de ces dispositions. C'est ainsi qu'elle approuve³³ une chambre de l'instruction qui annule la procédure par laquelle est ordonnée et exploitée la sonorisation du parloir d'un détenu au cours d'une information ne portant pas sur un crime ou délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, alors qu'elle valide une procédure de sonorisation ordonnée dans une procédure d'information portant sur une infraction entrant dans le champ de cet article³⁴.

Elle attache une importance particulière au strict respect des dispositions de l'article 706-96 en ce qu'elles prévoient une justification de la sonorisation par les nécessités de l'enquête : elle valide un arrêt de chambre de l'instruction qui annule les pièces afférentes à la mise en place d'un dispositif de sonorisation au motif qu'en se référant aux seules « nécessités de l'information » sans autre précision, le juge d'instruction n'a pas suffisamment motivé sa décision d'ordonner ce type de mesure³⁵.

* *
*

Il apparaît donc, en première analyse, que la sonorisation de geôles de garde à vue ne contrevient en rien aux dispositions de l'article 706-96 du code de procédure pénale, sauf à s'interroger sur le fait que les services de police sonorisent en l'espèce leurs propres locaux, dans lesquels ils sont censés disposer de moyens plus traditionnels pour entendre ce qui peut s'y dire, en procédant par la voie d'interrogatoires.

Le constat opéré à ce stade reste cependant que les enquêteurs ont mis en oeuvre une procédure prévue par la loi et applicable au type d'infraction objet de leur enquête.

Mais, comme il a déjà été dit plus haut, il serait illusoire de penser que la frontière est parfaitement nette entre ce que la loi autorise et ce que des principes plus généraux interdisent. F. Desportes observe avec justesse, dans une chronique³⁶ parue en 2014, que le principe de loyauté clairement affirmé présente des contours difficiles à tracer. C'est dans cet espace mal délimité que vient se placer la question objet du présent pourvoi.

De ce point de vue, la situation paraît plus claire pour ce qui concerne les parties privées.

2.2.2 Les parties privées ont droit à la déloyauté

33Crim. 9 juillet 2008, Bull. n° 170.

34Crim. 1^{er} mars 2006, Bull. n° 59.

35Crim. 6 janvier 2015, n° 14-85.448, publié.

36F. Desportes, *La loyauté dans l'enquête*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p.25 et s : *intuitivement, chacun est convaincu qu'une enquête ne saurait être menée d'une façon déloyale. Mais dès qu'il s'agit de déterminer la signification et la portée de l'exigence, les lignes se brouillent [...]. C'est que le principe ne peut être affirmé sans réserves ni nuances. Il doit en effet se concilier avec celui de la liberté des preuves et avec le pouvoir conféré par la loi aux enquêteurs de mettre en oeuvre toutes sortes de procédés permettant de suivre, écouter ou observer les personnes à leur insu.*

Il n'est pas inintéressant, et non hors-sujet, de rappeler que les parties privées ne sont pas soumises, en matière pénale, aux mêmes obligations de stricte loyauté que les agents publics : la liberté reconnue aux particuliers pour se constituer des preuves³⁷, fait ressortir, en contrepoint, la rigueur qui pèse sur les enquêteurs, agents de la procédure et comme tels soumis à ses règles.

En effet, lorsque la déloyauté est le fait d'une personne qui n'est soumise à aucune des obligations que le code de procédure pénale fait peser sur les agents publics en général et les officiers de police judiciaire en particulier, la Chambre criminelle n'élève aucune critique.

La Chambre criminelle, au visa de l'article 427 du code de procédure pénale, applique aux preuves obtenue par une partie privée au moyen de procédés que l'on ne tolérerait pas de la part d'enquêteurs, une formule toujours identique³⁸ : *« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire »*.

On constate ici une nette différence avec le régime de la preuve en procédure civile, infiniment moins libéral à l'égard des parties privées.

2.2.3 La liberté de la preuve apportée par les parties privées en matière pénale n'a pas d'équivalent en matière civile.

En matière civile, l'article 9 du code de procédure civile dispose qu'il *« incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »*, tandis que les articles 1341 à 1369 du code civil organisent les modes de preuves admissibles et leur force probante.

En matière de contentieux de la concurrence, la Cour de cassation a ainsi jugé, par un arrêt d'autant plus important qu'il émane de l'assemblée plénière³⁹, *« que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »*. Cette décision a été rendue au visa de l'article 9 précité du code de procédure civile⁴⁰, en retenant que *« sauf disposition contraire du code de commerce, les règles de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence »*.

La Chambre commerciale a de même jugé⁴¹ que doit être annulée l'autorisation de visite domiciliaire délivrée aux services fiscaux sur la foi de documents provenant d'un vol.

Cette dichotomie constatée entre les procédures civiles et pénales se justifie très largement si l'on veut bien considérer que les criminels ne procèdent pas comme pour des actes de la vie

37 Cette liberté découle directement de l'article 427 du code de procédure pénale.

38 Crim. 15 juin 1993, Bull. n° 210 ; 27 janvier 2010, Bull. n° 16 ; 31 janvier 2012, Bull. n° 27 ; 7 mars 2012, Bull. n° 34 ;

39 Cass. AP 7 janvier 2011, Bull. AP n° 1

40 Ainsi qu'au visa de l'article 6 §1 de la convention européenne des droits de l'homme, ce qui peut constituer un argument, il est vrai, pour les tenants d'un rapprochement de la preuve civile et de la preuve pénale dès lors que la procédure pénale est éminemment concernée par l'article 6 de la Convention.

41 Cass. Com. 31 janvier 2012, n° 11-13.097, publié.

civile ou commerciale : pas de contrat, pas de constat d'huissier, pas d'état des lieux, pas de présomption de bonne foi, pas de preuve *préconstituée* en matière pénale, mais *reconstituée* au prix d'enquêtes parfois très complexes⁴².

2.2.4 Le pragmatisme de la jurisprudence administrative

Par un arrêt récent du 16 juillet 2014, le Conseil d'Etat a jugé ce qui suit au visa du code civil et de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Considérant, en premier lieu, qu'en l'absence de disposition législative contraire, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public, peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tout moyen ; que toutefois, tout employeur public est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté; qu'il ne saurait, par suite, fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou documents qu'il a obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie*⁴³ ».

Ainsi, selon la Haute juridiction administrative, dans certains cas, la fin peut justifier les moyens, fussent-ils déloyaux, dès lors que se trouve en cause un « intérêt public majeur ». Cette question se pose aussi en droit pénal.

* *
*

La faculté de recourir à des procédés emprunts d'une quelconque déloyauté paraît donc, en définitive, étroitement encadrée : elle est réservée aux particuliers, à la condition que la procédure soit pénale, et n'est envisageable pour les agents publics qu'à la condition expresse d'être prévue par la loi.

Mais suffit-il que tel ou tel procédé soit autorisé par la loi pour que son emploi ne soit pas empreint de déloyauté ? C'est ce que le pourvoi invite à vérifier en introduisant cette donnée supplémentaire : la sonorisation a été ici pratiquée à l'égard de personnes gardées à vue.

C'est en effet sur la compatibilité de la sonorisation avec le régime de garde à vue qu'invite à se pencher le pourvoi. La confrontation des deux dispositifs suppose de rappeler brièvement les règles, bien connues, qui encadrent la garde à vue.

2.3. Données essentielles gouvernant la garde à vue.

2.3.1 Les motifs du placement en garde à vue

La garde à vue, selon l'article 62-2 du code de procédure pénale, est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par

⁴²Le doyen Bouzat l'exprime en ces termes : « *la liberté de la preuve résulte de ce que la preuve, en droit pénal, porte le plus souvent sur des faits matériels et psychologiques, alors qu'en droit civil, elle porte généralement sur des faits ou des actes juridiques* » (op. cit).

⁴³CE 16 juillet 2014, 3^{ème} s. section, . *Freddy G c. Maire de Jouy-en-Josas*, n° 355201.

Mme Guinamant, magistrate et chargée d'enseignement, commente cet arrêt dans la Semaine juridique n° 42 de 2014, p. 1058. Elle observe que, par rapport à l'arrêt du 7 janvier 2014 de la Chambre criminelle, le juge administratif fait preuve de pragmatisme.

laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.

Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;

2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ;

3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;

4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;

5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;

6° Garantir la mise en oeuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.

L'article 154 du code de procédure pénale prévoit que lorsqu'une information judiciaire est ouverte, les dispositions de l'article 62-2 s'appliquent aux personnes gardées à vue dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire.

Observons par ailleurs que si aucune disposition relative à la garde à vue ou la sonorisation ne paraît interdire la sonorisation des locaux de garde à vue, l'idée de tout enregistrement audiovisuel des personnes gardées à vue n'est pas absente du code de procédure pénale.

Son article 64-1 dispose en effet que « *Les auditions des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisées dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* », dispositif prévu pour la garantie tant des personnes gardées à vue que des enquêteurs dont les pratiques pourraient être mises en cause, et non étendu aux temps de repos qui, par définition, ne sont pas des temps d'audition.

Il n'est pas douteux, pour ce qui concerne M. Meshal X..., que la mesure de garde à vue prise à son encontre répondait aux critères de l'article 62-2 précité : non seulement il existait des raisons plausibles de soupçonner que celui-ci avait commis les faits objets de l'enquête mais encore il se justifiait, dans le cas d'espèce, de permettre l'exécution des investigations impliquant sa présence, de garantir sa présentation devant le juge d'instruction et de l'empêcher de se concerter avec d'éventuels coauteurs ou complices.

Il s'ensuit que, regardée en tant que telle, la garde à vue était amplement justifiée.

Il convient cependant de s'intéresser aux droits de la personne gardée à vue.

2.3.2 Les droits de la personne gardée à vue

Aux termes de l'article 63-1 du code de procédure pénale, toute personne gardée à vue est immédiatement informée qu'elle bénéficie, entre autres, des droits suivants :

1° Etre assistée d'un avocat ; l'avocat choisi ou commis d'office peut communiquer avec la personne (article 63-4) et assister aux auditions et confrontations (article 63-4-2) ;

2° Faire des déclarations, répondre aux questions, ou se taire. C'est ainsi le droit au silence qui est consacré, d'abord introduit dans le code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000 avant d'en être retiré par la loi 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure dont le projet émanait du ministère de l'intérieur, puis réintroduit par la loi du 14 avril 2011 dont la proposition est due au garde des sceaux.

Ce droit traduit concrètement le droit de ne pas s'auto-incriminer, ainsi qu'y veille la Cour de Strasbourg⁴⁴ (alors même qu'il n'a pas pour corollaire l'obligation de dire la vérité comme aux Etats-Unis). Il est également garanti par l'article 14. 3 g) du Pacte international relatifs naux droits civils et politiques.

De ces dispositions, il résulte que la personne gardée à vue dispose de deux droits fondamentaux en vertu desquels elle est en droit, d'abord, de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées par les enquêteurs et ensuite, si elle répond, de le faire en présence d'un avocat.

Il paraît dès lors à tout le moins contradictoire de laisser cette personne dans l'ignorance que, dans les lieux où elle se trouve, sous le statut qui est le sien, ses paroles vont être surprises contre sa volonté alors même qu'il vient de lui être notifié qu'elle était en droit de ne s'exprimer qu'à la condition de le vouloir, le cas échéant en présence de son avocat.

Une telle situation mérite un examen particulier.

2.3.3 La compatibilité de la sonorisation avec le statut de la garde à vue

L'examen de cette question peut être utilement précédé du rappel de jurisprudences étrangères (Canada et Australie), de la Cour de Strasbourg et de la Cour de cassation, au sujet de l'utilisation de procédés d'interception et d'enregistrement des conversations de personnes que seul un juge est censé pouvoir interroger, eu égard à leur statut de suspect ou de mis en examen selon les législations concernées.

2.3.3.1 Jurisprudences étrangères

Les cas présentés ici sont tirés de l'arrêt de la Cour de Strasbourg *Allan c. Royaume-Uni* dont il sera question *infra* dans les développements consacrés à la jurisprudence de cette cour.

Canada

Dans une affaire *R. c. Hebert*, le prévenu, qui avait invoqué devant la police son droit de

⁴⁴Cedh (Grande Chambre) 8 février 1996, *Murray c. Royaume Uni* , (Grande Chambre) 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* ; 14 octobre 2010, *Brusco c. France*.

garder le silence, avait été placé dans une cellule avec un policier « banalisé⁴⁵ » auquel il avait tenu des propos incriminants. La Cour suprême du Canada a estimé que les déclarations du policier banalisé auraient dû être exclues au procès.

Dans une affaire *R. c. Broyles*, le prévenu avait revendiqué son droit au silence. La police avait alors organisé la visite d'un ami muni d'un micro-émetteur de poche. La Cour suprême du Canada a jugé qu'il n'aurait pas fallu admettre la preuve obtenue par l'ami en question.

Dans une affaire *R. c. Liew*, l'accusé avait été arrêté pour trafic de stupéfiants en même temps qu'un policier banalisé se présentant comme partie prenante au trafic. Le policier banalisé avait été placé dans une salle d'interrogatoire avec l'accusé. Lorsque la conversation s'est engagée entre le prévenu et ce policier, le premier a tenu des propos incriminants.

La Cour suprême a jugé, dans cette affaire, que rien n'étayait la proposition que l'échange entre l'accusé et le policier équivalait en fait à un interrogatoire : « *Il importait peu que le policier eût usé d'artifices, se laissant prendre pour quelqu'un d'autre, ou qu'il ait menti, tant que les réponses de l'accusé n'avaient pas été obtenues de manière active ou n'étaient pas le résultat d'un interrogatoire. Dans cette affaire, l'accusé avait engagé lui-même la conversation ; le policier s'était contenté de la continuer, sans la diriger ou la rediriger sur un sujet délicat. Il n'y avait pas non plus de relation de confiance entre l'accusé et le policier et il ne semble pas non plus que l'accusé se soit senti vulnérable face au policier ni obligé envers lui* ».

Tout en contrôlant la loyauté des preuves (premier et deuxième arrêts), la Cour suprême du Canada admet donc l'emploi de la ruse par les policiers, dès lors que les propos incriminants sont reçus sans artifice destiné à les provoquer. Cette situation pourrait être regardée comme se rapprochant de celle de M. Meshal X..., sauf à observer que le placement des deux intéressés dans une situation leur permettant de se parler contient une part d'artifice destiné à provoquer l'échange de propos entre eux.

Australie

Dans une affaire *R. v. Swaffield and Pavic*, on voit un policier banalisé engager avec M. Swaffield, accusé d'incendie volontaire, une conversation au cours de laquelle il prétend que son beau-frère était soupçonné d'incendie volontaire ; l'accusé lui avoue alors qu'il est lui-même impliqué dans un incendie. La High Court of Australia estime que ces aveux n'auraient pas dû être admis au procès car ils avaient été obtenus par un officier de police en contravention manifeste avec le droit de l'accusé à choisir ou non de parler.

L'accusé Pavic avait, lui, été interrogé par la police au sujet d'une personne disparue et avait gardé le silence. Après avoir été élargi, il avait fait des déclarations l'incriminant à un ami, C., que la police avait équipé d'un appareil d'écoute. La High Court estime qu'il n'y avait eu aucune irrégularité, que les aveux étaient dignes de foi et pouvaient être admis, C. n'étant pas officier de police et n'étant pas en relation d'autorité avec Pavic. Le fait que C. inspirait confiance à Pavic permettait de penser que les aveux de celui-ci étaient fiables ; un crime grave avait été perpétré et le rejet des aveux en question ne servait aucun intérêt général.

On voit ainsi se dessiner une autre appréciation : dès lors que les aveux n'ont pas été recueillis de manière clandestine par un policier mais par un particulier, fût-il instrumentalisé

45 C'est-à-dire habillé en civil et se faisant passer pour une autre personne gardée à vue.

par la police, il n'y pas de motifs d'écarter, au mépris de l'intérêt général, le moyen de preuve ainsi obtenu.

2.3.3.2 La jurisprudence de la Cour de Strasbourg à l'égard de la sonorisation

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, tout procédé d'interception ou d'enregistrement de conversations entre des particuliers est une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention⁴⁶. Toute ingérence exercée par une autorité publique doit donc être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but.

La Cour européenne ne s'immisce en revanche pas dans ce qui relève de l'administration de la preuve, mot dont on ne trouvera d'ailleurs pas la trace dans la Convention. Elle juge régulièrement⁴⁷ qu'il n'y a pas lieu "*d'exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale [...]. Il lui incombe seulement de rechercher si le procès [...] a présenté dans l'ensemble un caractère équitable*". En d'autres termes, les seules preuves qui devraient être écartées aux yeux des juges de Strasbourg, sont celles qui *in concreto*, priveraient le procès de son caractère équitable.

Elle condamne ainsi le Royaume-Uni, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention, à raison du subterfuge employé par les services de police, consistant à incarcérer dans la même prison l'auteur soupçonné d'un meurtre et un autre détenu équipé d'un appareil d'enregistrement, chargé de poser au premier des questions inspirées par les enquêteurs⁴⁸.

Elle ne trouve, en revanche, aucune violation du même article 6 dans le fait d'introduire clandestinement un dispositif d'enregistrement dans un appartement pour surprendre les propos échangés entre une personne soupçonnée de trafic de stupéfiants et un tiers, observant que les aveux contenus dans les enregistrements étaient spontanés, en l'absence de tout « guet-apens⁴⁹ ». Cette dernière espèce n'est pas éloignée du dispositif introduit en France par la loi du 9 mars 2004.

2.3.3.3 Une personne mise en examen peut faire l'objet d'écoutes téléphoniques

Selon une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, une personne mise en examen peut être écoutée au téléphone⁵⁰. La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991⁵¹ ayant introduit dans le

⁴⁶Cedh 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni* ; 25 juin 1997, *Halford c. Royaume Uni*.

⁴⁷Par exemple, Cedh 12 juillet 1988 *Schenk c. Suisse*.

⁴⁸Cedh, 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*.

⁴⁹Cedh 12 mai 2000, *Kahn c. Royaume Uni*.

⁵⁰Crim. 9 octobre 1980, Bull. n° 255 ; 15 mars 1989, n° 88-84.253.

⁵¹Cette loi fait suite, la chose est connue, à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg, arrêt *Kruslin et Huvig c. France* du 24 avril 1990, alors que les écoutes téléphoniques avaient pour seul support légal le très général article 81 du code de procédure pénale.

code de procédure pénale l'article 100 régissant expressément les interceptions téléphoniques n'a pas apporté de modification notable, ledit article ne définissant pas les personnes susceptibles d'être écoutées dès lors que les conditions légales de l'interception sont par ailleurs remplies.

La Chambre criminelle a apporté en 2003 une précision⁵² en indiquant que « *le juge d'instruction tient des articles 81 et 100 du Code de procédure pénale le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense* », cela même si l'interception porte sur une conversation entre le mis en examen et son avocat « *dès lors qu'il est établi que [la conversation écoutée] est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction* ».

L'interception, pour être régulière, doit bien évidemment être ordonnée par un juge, conformément aux dispositions de l'article 100 du code de procédure pénale, faute de quoi la censure serait inévitable⁵³.

On admet en conséquence qu'une personne dont le statut juridique est tel, en vertu de l'article 152 alinéa 2 du code de procédure pénale, qu'elle ne doit plus être interrogée que par un juge, son avocat dûment convoqué, puisse être écoutée clandestinement par des enquêteurs par le moyen d'une interception de ses communications téléphoniques.

2.3.3.4 Une personne en détention provisoire peut être écoutée au parloir de la maison d'arrêt

De même qu'un mis en examen peut être écouté au téléphone, ses conversations peuvent être enregistrées lorsqu'il reçoit, étant détenu, des visiteurs au parloir de la maison d'arrêt⁵⁴, son avocat excepté. La condition est ici, depuis l'entrée en vigueur de la loi Perben 2 du 9 mars 2004, que l'information porte sur une infraction entrant dans le champ de l'article 706-73 du code de procédure pénale, faute de quoi la censure est certaine⁵⁵.

* *
*

Des arrêts qui précèdent, émanant de la Cour de cassation, il faut déduire qu'en soi, l'enregistrement d'une conversation, pratiqué dans les conditions prévues par la loi, n'est pas un stratagème dès lors que le branchement sur la ligne de la personne suspectée, ou la pose

52Crim. 1^{er} octobre 2003, Bull. n° 177.

53Arrêt précité du 27 février 1996, Bull. n° 96.

54Un premier arrêt du 12 décembre 2000 (Bull. n° 369) a donné lieu à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg (Cedh, 20 décembre 2005, Wisse c. France) au motif de l'absence de texte rendant ce dispositif prévisible ; un second arrêt a été rendu le 1^{er} mars 2006 (Bull. n° 59), cette fois au visa de l'article 706-96 du code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004, décision qui a donné lieu à un commentaire approuvé du Pr. Jean Pradel, au Recueil Dalloz 2006, p. 1504.

55Crim. 9 juillet 2008, Bull. n° 170.

d'un micro dans un lieu qu'elle fréquente peut rester parfaitement négatif, cette personne ou ceux qui lui parlent « *n'étant pas incités par un artifice quelconque à faire des déclarations compromettantes*⁵⁶ ».

On voit ainsi se dessiner plus précisément une ligne de partage : l'enregistrement clandestin, dès lors qu'il est pratiqué dans le respect des règles le prévoyant et n'est associé à aucun stratagème visant à provoquer des déclarations incriminantes, est irréprochable, que ce soit au plan de la protection de la vie privée ou de la loyauté de la preuve, les juridictions françaises pouvant, sur ce dernier point, se référer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

A la lumière des principes qui se dégagent ainsi, la question posée par le pourvoi peut-être formulée autrement : il ne s'agit pas tant de vérifier s'il est possible, d'une manière générale, de sonoriser les locaux de garde à vue que de savoir, dans l'espèce ici examinée, si la sonorisation, telle qu'elle a été pratiquée peut s'analyser en un stratagème incompatible avec les droits de la défense et le principe de loyauté de la preuve apportée par des agents publics.

Il est intéressant de consulter sur ce point tant la doctrine que les praticiens de l'enquête, qui ont pu s'exprimer sur le premier arrêt prononcé par la Cour de cassation dans l'affaire ici examinée.

2.4 Les commentaires : une doctrine et des praticiens partagés.

Les commentaires qui ont suivi l'arrêt de cassation du 7 janvier 2014, qu'il s'agisse de la doctrine ou des praticiens, sont pour le moins partagés, signe que la réponse à la question posée par le pourvoi ne présente aucun caractère d'évidence.

2.4.1 La doctrine

Le professeur Bergeaud-Wetterwald estime que la Chambre criminelle a fait un pas en direction d'une plus grande exigence de loyauté. Elle observe⁵⁷ que « *la Cour de cassation tolère habituellement une certaine forme de ruse pourvu que celle-ci ne provoque pas la commission d'une infraction. Par ailleurs, le fait que la jurisprudence récente de la chambre criminelle offre peu d'exemples de caractérisation d'un procédé déloyal en dehors des provocations policières, pouvait laisser croire que le principe de loyauté des preuves n'avait vocation qu'à régir cette hypothèse* ».

Tout en regrettant l'imprécision du terme « stratagème » employé par la Cour de cassation, elle approuve la solution contenue dans l'arrêt du 7 janvier 2014 : « *[..] il est éminemment contestable que la mesure de garde à vue ait été, en l'espèce, instrumentalisée pour servir une mise en scène imaginée à l'avance par les enquêteurs. Si la condamnation de la manoeuvre par la Cour de cassation mérite sans doute d'être approuvée, il aurait été plus opportun de*

⁵⁶Ce commentaire est de Jean Dumont, Jcl procédure pénale, art. 100 à 100-7, fasc. 20 § 57.

⁵⁷Pr. Aurélie Bergeaud-Wetterwald, *Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? - À propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014*, Droit pénal Avril 2014, n° 4, étude n° 7.

caractériser, non un stratagème, mais un détournement de procédure dont la prohibition peut d'ailleurs être analysée comme une manifestation du principe de loyauté ».

Le professeur Detraz approuve quant à lui sans réserve la cassation intervenue, qualifiant de détournement de procédure la sonorisation d'une geôle de garde à vue⁵⁸, tandis que d'autres auteurs⁵⁹ désignent l'opération conduite dans les locaux du commissariat de Fontenay-le-Fleury, de « *stratagème couvert d'une feuille de vigne légale* ».

La solution contenue dans l'arrêt du 7 janvier 2014 a également été approuvée, entre autres, par M. Danet⁶⁰ (Revue de sciences criminelles), par le professeur Vergès⁶¹ (Recueil Dalloz) et par M. Bachelet, magistrat⁶².

En contrepoint de ces commentaires approuvateurs, M. Gallois, maître de conférences dénonce⁶³ le « raisonnement moralisateur » de la Chambre criminelle, mais recourt curieusement, pour le démontrer ... à la morale⁶⁴.

2.4.2 Les praticiens

A l'évidence, les services d'enquête seront favorables à la sonorisation de locaux de garde à vue, tandis que les membres du barreau, pour les motifs développés par le requérant au soutien du présent pourvoi, seront d'un avis radicalement contraire.

Restent les magistrats chargés d'ordonner ou de contrôler la mesure. Même s'il est difficile de généraliser, il apparaît, à la lumière de la procédure ici examinée, que les juridictions du fond sont favorables à un tel dispositif. Il suffit pour s'en convaincre de constater que la mesure a été ordonnée par un juge d'instruction sur réquisitions conformes du ministère public, puis que deux chambres de l'instruction, à chaque fois sur réquisitions conformes du ministère public, ont écarté la requête en nullité qui a suivi.

La position adoptée par le parquet général de la Cour de cassation est nettement plus nuancée si l'on considère que le premier arrêt de la Chambre criminelle (cassation) est intervenu sur conclusions conformes de l'avocat général tandis que le second (renvoi en assemblée

58S. Detraz, *Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve*. D. 2104, p. 264.

59A. Maron et M. Haas, *Droit pénal*, n° 2, février 2014.

60RSC 2014, p. 130.

61D. 6 février 2014, p. 407.

62GP n° 38-39, 7-8 février 2014.

63A. Gallois, *Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ?* JCP G n° 9, 3 mars 2014, Jurisprudence, n° 272, p. 434 à 437.

64Il s'exprime ainsi : « [...] la Cour de cassation continue de creuser, avec le principe de loyauté des preuves, le fossé existant entre les agents publics et les personnes privées dans la recherche de la preuve pénale. Elle creuse également le fossé entre la justice et les victimes, du moins certaines d'entre elles. L'actualité montre que les commerçants victimes de braquages éprouvent le désir, en succombant parfois à la tentation, de (se) faire justice en temps réel. Voilà un arrêt qui ne les incitera pas à s'armer de patience et à laisser oeuvrer la justice. Quant aux enquêteurs et aux magistrats qui luttent contre les formes les plus violentes et organisées de la criminalité, ils pourront trouver le raisonnement moralisateur de la Cour de cassation ... bien démoralisant ».

plénière) a été prononcé au vu de conclusions tendant au contraire à valider le procédé⁶⁵.

2.5 Réponse au moyen, solution du pourvoi

Il apparaît, au vu de la motivation de l'arrêt attaqué et des arguments présentés pour la justifier, que la sonorisation d'un local de garde à vue devrait être validée en application d'un raisonnement présentant toutes les apparences de la rigueur : d'une part, la garde à vue est une procédure régulière, d'autre part, la sonorisation est, sous réserve d'exceptions ici non rencontrées, autorisée par la loi, donc la sonorisation des locaux de garde à vue est autorisée.

A cet argument, s'ajoute un raisonnement utilitaire, soutenu par M. Gallois dans la chronique citée plus haut mais aussi par l'avocat général qui, sur le pourvoi ici examiné, a saisi la Chambre criminelle de conclusions tendant à valider le dispositif critiqué.

Ces deux arguments sont toutefois contestables.

2.5.1 La conjugaison de deux dispositifs réguliers ne débouche pas nécessairement sur une procédure régulière

Il n'échappe naturellement pas que le problème tient non pas au recours à l'une des deux mesures en cause - garde à vue et sonorisation - mais à la conjugaison des deux et aux conditions dans lesquelles celles-ci se sont surajoutées.

La chronologie des opérations est à cet égard significative.

- L'autorisation est d'abord donnée de sonoriser les geôles du commissariat ;

- Les geôles choisies pour être sonorisées sont contiguës, ce qui permet aux personnes s'y trouvant de communiquer ; il est révélateur à cet égard que le procureur de la République, prié de faire connaître son avis sur l'opération, ait estimé devoir préciser qu'il convenait de placer les suspects dans des cellules distinctes, comme si leur placement dans une même pièce exposait au reproche de déloyauté, et comme si ce risque était inexistant - on se demande pourquoi -, au cas de placement dans des cellules séparées mais contiguës.

- Les micros et le dispositif d'enregistrement ayant été posés dans les geôles qui leur sont destinées, les suspects sont, l'un, interpellé et l'autre extrait de la maison d'arrêt où il se trouvait déjà.

- Après leur audition, ils sont placés dans les cellules en question, disposées de façon telle qu'il puissent communiquer, leurs propos étant enregistrés à leur insu. Pourtant, la règle est plutôt, au cas d'arrestations multiples, de placer les suspects dans des conditions telles qu'ils ne puissent *réellement* pas communiquer, soit de la manière la plus simple en utilisant des

⁶⁵Aussi anecdotique que soit l'information, il n'est pas inintéressant de noter que cette différence d'analyse traduit une réalité au sein du parquet général de la Cour de cassation près la Chambre criminelle : les avocats généraux favorables à la sonorisation sont, peu ou prou, en nombre égal à celui de leurs collègues. considérant au contraire qu'il s'agit d'un procédé manquant à la loyauté.

geôles éloignées les unes des autres, soit, éventuellement, en plaçant de manière visible un fonctionnaire qui pourra entendre, et alors rapporter les conversations, surprises sans stratagème, qu'ils pourraient se risquer à tenir.

Ces événements ne se sont pas déroulés dans un lieu ordinaire. Ils se sont produits dans un local de garde à vue, à l'égard de personnes placées sous ce régime.

Cette circonstance oblige à se souvenir des droits de la personne gardée à vue : droit au silence, droit de ne pas s'auto-incriminer, droit à s'exprimer en présence de son avocat, droit au repos.

Un local de garde à vue est donc, géographiquement et juridiquement, un « lieu de droit ». Il paraît dès lors difficile de regarder comme régulier un procédé destiné à surprendre, dans le proche moment qui a suivi la notification de ses droits, et notamment de son droit de se taire, à la personne gardée à vue, les propos qu'elle tient au cours d'une période de repos.

Procéder ainsi caractérise à la fois un *contournement* des droits de la personne gardée à vue (c'est l'analyse du Pr. Detraz) et un *détournement* de la procédure de garde à vue proprement dite (analyse de M. l'avocat général Cordier) utilisée certes en apparence conformément aux dispositions de l'article 63-1 du code de procédure pénale, mais en réalité en vue d'un objectif différent consistant à exploiter, non pas les temps d'interrogatoire, mais les temps de repos.

On ne peut, sur ce point, que souligner le caractère inopérant de la motivation selon laquelle les gardés à vue, non seulement n'ont pas été incités à se parler mais encore ont été placés dans des cellules distinctes et se sont vu notifier une interdiction de communiquer.

Ces arguments, par lesquels l'opération critiquée n'est que partiellement assumée, heurtent en réalité la raison, tant il est patent que toutes les conditions ont été réunies pour que les intéressés se parlent et que leurs propos soient enregistrés. Les « précautions » prises pour (soi-disant) empêcher toute communication apparaissent ainsi comme un habillage dont la seule existence renforce celle du stratagème constaté par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 janvier 2014.

A cet égard, toutes choses égales par ailleurs, la procédure ici utilisée présente des points communs avec celle ayant consisté à faire entendre sous hypnose une personne gardée à vue.

L'objectif est en effet, dans les deux cas, d'enregistrer les paroles qu'un suspect pourrait prononcer contre sa volonté consciente. On sait que la Cour de cassation a approuvé⁶⁶ la chambre de l'instruction qui a invalidé « *le procédé [qui] viole les dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves et compromet l'exercice des droits de la défense [...]* ». Il est vrai que, dans le premier cas, le procédé d'audition sous hypnose a été, en tant que tel, écarté, alors qu'il est recouru dans le second cas à un procédé autorisé par la loi. Mais il demeure que l'autorisation de la loi ne peut servir à une méthode qu'une autre loi empêche, s'agissant de la protection des droits des personnes gardées à vue.

⁶⁶Crim. 28 novembre 2001, Bull. n° 248 ; dans le même sens : 12 décembre 2000, Bull. n° 369.

On ne saurait enfin suivre les commentateurs qui ne voient pas de différence entre la sonorisation, admise, d'un parloir de maison d'arrêt et celle, discutée, d'une geôle de garde à vue⁶⁷ : la personne qui visite un détenu⁶⁸ agit de son plein gré, n'est incitée à aucun comportement particulier et la discussion ne se tient ni dans un temps ni dans un lieu où la personne mise en examen bénéficie de droits renforcés. Tout particulièrement, le détenu visité ne bénéficie pas, en ce lieu, du droit protégé par la loi de garder le silence : il est libre de discuter avec son visiteur sans être protégé, comme devant un juge ou un policier l'interrogeant, par le droit de ne pas s'auto-incriminer.

2.5.2 La fin ne justifie pas les moyens

Il est irrecevable, et en vérité dangereux, de fonder la légitimité d'un procédé sur son efficacité quand il n'est pas prévu par la loi. Irrecevable parce qu'un tel principe revient précisément à renier tous les principes, dangereux parce que le risque de fragilisation de la procédure rend illusoire l'espoir de parvenir à ce qui pourrait ressembler à une vérité qui, en définitive, ne pourrait être exploitée en raison des vices de procédures.

L'intérêt public paraît donc mieux protégé quand, au-delà d'une affaire particulière, les services d'enquêtes et les juges respectent les lois et règles au nom desquelles ils sont autorisés à agir, sans les contourner ni les détourner au nom d'une « efficacité » ne servant qu'à franchir les limites fixées par le législateur et les principes arrêtés par la jurisprudence.

Dans un registre certes infiniment plus dramatique, faisant appel à l'article 3 et non à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, s'agissant de traitements inhumains et dégradants infligés par des enquêteurs à un suspect, la Cour de Strasbourg réfute radicalement la justification par l'efficacité quand elle condamne l'Allemagne dans l'affaire *Gäfgen*, à raison d'une procédure dans laquelle les aveux d'un homme suspecté d'avoir enlevé un enfant avaient été obtenus sous la menace de la torture⁶⁹.

En l'occurrence, il apparaît avec tant d'évidence que la sonorisation opérée dans les conditions qui ont été rappelées ne répondait pas aux exigences de loyauté de la procédure, eu égard à ce que la Chambre criminelle a qualifié de stratagème, qu'il ne paraît pas envisageable d'approuver le dispositif en se référant à l'indiscutable gravité des faits reprochés à M. Meshal X....

La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut s'en tenir, dans un domaine où sont en cause les libertés publiques de manière bien plus prégnantes que devant une instance disciplinaire administrative, à *l'intérêt public majeur* évoqué par le Conseil d'Etat dans son arrêt précité du

67Pr. Bergeaud-Butterwald, op. cit.

68De même que celle qui converse avec un mis en examen dont le téléphone est placé sous écoute.

69Cedh 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*. La Cour écrit (§ 107) « [qu'elle] admet la motivation qui inspirait le comportement des policiers et l'idée qu'ils ont agi dans le souci de sauver la vie d'un enfant. Elle se doit néanmoins de souligner que, eu égard à l'article 3 et à sa jurisprudence constante (paragraphe 87 ci-dessus), l'interdiction des mauvais traitements vaut indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des autorités. La torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril. Il n'existe aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation

16 juillet 2014.

Elle ne peut pas plus se revendiquer de *l'intérêt général* convoqué par la Haute cour australienne, ni de l'absence de coercition recherchée par la Cour suprême du Canada, selon les exemples vus plus haut.

La procédure pénale obéit en effet à ses propres règles qui, aussi complexes qu'elles puissent paraître, ne permettent pas de dire qu'un procédé est autorisé au seul motif qu'il n'est pas interdit quand il est, dans les circonstances de sa mise en oeuvre, en contradiction complète avec le principe de loyauté qui domine la procédure, principe selon lequel la déloyauté n'est autorisée qu'à la condition d'être soit de basse intensité (filatures), soit autorisée par la loi (interception téléphonique, sonorisation).

En l'espèce, affirmer que la sonorisation ici examinée ne mérite aucun reproche dès lors qu'elle est prévue par la loi encourt le grief rédhibitoire d'ignorer que telle qu'elle a été en l'espèce pratiquée, elle a enfreint le principe de loyauté de l'enquête.

C'est bien au prix du contournement et du détournement de la loi qu'a pu être opéré ce que la Chambre criminelle qualifie à juste titre de stratagème dans son arrêt du 7 janvier 2014, de sorte que la cassation est derechef encourue.

2.5.3 En conclusion sur le premier moyen

De ce qui précède, il résulte que le placement, calculé, dans des cellules contiguës afin de favoriser des déclarations auto-accusatrices des gardés à vue est un élément qui s'ajoute à la seule sonorisation des locaux de garde à vue. Là se trouve caractérisé un stratagème incompatible avec le cadre procédural.

Il est vrai que les enquêteurs n'ont pas directement instrumentalisé l'un des protagonistes, ce qui est une différence notable avec les cas envisagés dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et de la Chambre criminelle. Il est également vrai que la garde à vue n'a pas nécessairement pour raison d'être de permettre l'audition par les enquêteurs de la personne qui en est l'objet, même si c'est en pratique le plus souvent à cet effet qu'elle est décidée.

Il reste qu'elle est, non seulement comme il a été dit, un « lieu de droit » mais aussi un « cadre d'audition », ce qui la distingue d'autres mesures privatives de liberté comme la détention provisoire. Ce « cadre d'audition » est protecteur pour la personne entendue qui se voit notifier le droit de se taire et qui peut être assistée d'un avocat. Dans ces conditions, on ne voit pas comment, pendant le temps de la garde à vue, les garanties instituées par la loi pourraient être contournées par des moyens tendant à surprendre des propos que la personne concernée n'a pas voulu tenir aux enquêteurs. C'est le mélange des genres qui caractérise ici la déloyauté.

Cette analyse est certes plus restrictive que celle des juridictions étrangères citées plus haut, qui admettent l'usage d'artifices par les services enquêteurs dès lors qu'ils ne reposent pas sur la coercition et n'ont pas pour objet de faire obstacle au droit de se taire ou de provoquer des

déclarations auto-incriminantes. Elle est également plus restrictive que le principe paraissant se dégager de l'arrêt du Conseil d'Etat cité plus haut, selon lequel *un intérêt public majeur* pourrait justifier de s'affranchir de toute obligation de loyauté. C'est la conséquence de la situation particulière dans laquelle se trouve une personne gardée à vue, bénéficiant du droit de ne pas s'auto-incriminer et de ne s'exprimer qu'en présence de son conseil. Ce droit ne peut être d'application variable selon les circonstances.

Observons de surcroît que l'enquête est devenue le cadre ordinaire de la mise en état des affaires pénales et qu'elle est même peut-être appelée, à terme, à se substituer à l'instruction. Ce constat doit inciter à considérer que les exigences de loyauté qui pèsent de manière indiscutable aujourd'hui sur le juge d'instruction lorsqu'il procède à l'interrogatoire d'une personne mise en cause pèsent de la même façon sur les enquêteurs : il n'est pas plus envisageable de sonoriser une cellule de garde à vue qu'il n'est concevable de sonoriser le cabinet du juge d'instruction pour surprendre des propos tenus par la personne mise en examen entre deux interrogatoires.

Le procédé auquel il a été en l'espèce recouru ne peut donc être validé, ce qui doit entraîner, derechef, la cassation.

* *
*

II. Second moyen

1. Exposé du moyen

Le moyen, en deux branches, est tiré de la violation des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 62-2, 63-1, 706-96, 591 et 593 du Code de procédure pénale, en ce que la Chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation des procès-verbaux relatifs à la sonorisation des cellules de garde à vue du mis en examen.

- Alors que d'une part, il résulte de la jurisprudence européenne que l'enregistrement des voix des requérants lors de leur inculpation et à l'intérieur de leur cellule au commissariat constitue une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée au sens de l'article 8§1 de la Convention européenne; que la Chambre de l'instruction ne pouvait dès lors, pour exclure toute violation de l'article 8 de la Convention européenne, considérer que « la notion de même de garde à vue, mesure privative de liberté, très encadrée par la loi quant à sa justification, sa durée et aux modalités de son déroulement, est exclusive de celle de vie privée » (Arrêt p. 13 § 3).

- Alors que d'autre part, l'enregistrement des voix des requérants lors de leur inculpation et à l'intérieur de leur cellule au commissariat constituant une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée, cette possibilité doit impérativement être prévue par la loi ; qu'en l'espèce, si l'article 706-96 du Code pénal autorise la sonorisation en tous lieux privés ou publics, en matière de criminalité organisée, aucune disposition légale ni aucune jurisprudence ne permettait à l'exposant de prévoir qu'il était susceptible d'être mis sur écoute durant le temps de repos de sa garde à vue ; qu'à défaut d'une base légale suffisante, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention européenne.

2. Discussion

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose :

❖ *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

❖ *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

Il paraît d'abord possible d'approuver la première branche si elle a pour objet de critiquer la motivation selon laquelle le droit au respect de la vie privée serait incompatible avec la procédure de garde à vue. Ce droit est certes, dans de telles circonstances, des plus limités, mais on ne voit pas ce qui permet d'affirmer qu'il est aboli.

C'est à juste titre que la SCP Spinosi et Sureau cite l'arrêt du 25 septembre 2001 de la Cour de Strasbourg (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*), dont les paragraphes 59 et 60 se suffisent à eux-mêmes:

59. Dans sa jurisprudence, la Cour a maintes fois constaté que l'interception secrète de conversations téléphoniques entraine dans le champ d'application de l'article 8 pour ce qui est du droit au respect tant de la vie privée que de la correspondance. Certes, les enregistrements sont en général effectués dans le but d'utiliser le contenu de conversations d'une manière ou d'une autre, mais la Cour n'est pas convaincue que des enregistrements destinés à servir d'échantillons de voix puissent passer pour échapper à la protection qu'offre l'article 8. La voix de la personne concernée a tout de même été enregistrée sur un support permanent et soumise à un processus d'analyse directement destiné à identifier cette personne à la lumière d'autres données personnelles. S'il est vrai que lors de leur inculpation les requérants ont répondu à des questions formelles dans un lieu où des policiers les écoutaient, l'enregistrement et l'analyse de leurs voix à cette occasion doivent cependant être considérés comme relevant des données personnelles les concernant.

60. La Cour conclut dès lors que l'enregistrement des voix des requérants lors de leur inculpation et à l'intérieur de leur cellule au commissariat révèle une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention.

C'est au regard de la seconde branche, invoquant le second paragraphe de l'article 8 de la Convention que doit être plus précisément examiné le moyen.

La sonorisation d'un local de garde à vue constituant une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, peut-on considérer qu'elle a été ici exercée par une autorité publique, qu'elle

était prévue par la loi, qu'elle poursuivait un but légitime et répondait à une nécessité dans une société démocratique pour atteindre ce but ?

C'est la question du support légal qui est ici source d'interrogation. Il ne fait en effet pas de doute que l'ingérence dénoncée a été pratiquée par une autorité publique, en l'occurrence une autorité judiciaire et qu'elle poursuivait un but légitime dans une société démocratique (on peut classer dans cette catégorie l'identification des auteurs de faits criminels). En revanche, la question du support légal apparaît avec force si l'on admet, ainsi qu'il est proposé de conclure sur le premier moyen, que ce n'est qu'au prix d'un détournement de la loi autorisant la sonorisation que cette opération a été pratiquée dans un local de garde à vue.

Or, la Chambre criminelle peut se montrer particulièrement exigeante quant au support légal si l'on se rapporte à son arrêt par lequel elle a censuré la décision d'une chambre de l'instruction validant une mesure de géolocalisation ordonnée par le parquet en l'absence de texte spécifique autorisant une telle mesure⁷⁰.

Pour autant, le support légal, s'il paraît bien faible en l'état du détournement constaté, est loin d'être inexistant, les dispositions des articles 706-96 et suivants du code de procédure pénale prévoyant et réglementant très précisément, comme il a été déjà vu, la sonorisation. Il n'apparaît donc pas possible de suivre le requérant quand il soutient que les enquêteurs ont agi en dehors de tout support légal.

C'est donc bien la question du détournement de la loi et non de son absence qui se pose ici, de sorte que si, par un moyen inopérant et surabondant, les juges du second degré ont cru pouvoir écrire que le droit à la protection de la vie privée s'efface en garde à vue, il demeure que la mesure critiquée ne peut être regardée comme dépourvue de support légal.

Le premier moyen se suffisant à lui-même pour entraîner la cassation, celle-ci pourra intervenir sans examiner le second moyen qui, sinon, devrait être écarté.

* *
*

Nous avons en conséquence l'honneur de conclure

- à la non-admission du pourvoi, non soutenu, de M. Abdelgrani Y... ;

- à la cassation de l'arrêt attaqué, sur le premier moyen du pourvoi inscrit par M. Meshal X....

D. Boccon-Gibod

⁷⁰Crim. 22 octobre 2013, Bull. n° 196. Il est vrai que, dans cette espèce, la géolocalisation ordonnée par un procureur de la République a été invalidée au motif que celui-ci n'était pas une *autorité judiciaire* habilitée à faire pratiquer une telle mesure, alors même que l'article 8 de la Convention n'invoque d'ingérence que d'une *autorité publique*, mais il est permis de penser qu'en réalité, c'est le défaut de support légal qui a été sanctionné ; la Chambre criminelle a cependant ensuite reconsidéré sa position par deux arrêts du 6 janvier 2015 (pourvois n° 14-85.448 et 14-84.822, publiés).